Die Behandlung der Arglist beim Kauf.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Heinrich Walter,
Referendar aus Neisse OS.

Neisse 1929.
Druck von Wilhelm Peters, Neisse, Breslauer Straße 18.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Breslau.
Berichterstatter: Herr Professor Dr. Schott.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater,

dem Rechtsanwalt und Notar

Justizrat Heinrich Walter,

Major a. D. in Neisse.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0202

Inhalt.

Seite

A. Arglistes Verhalten beim Kauf 1
B. Behandlung desselben:
I. Beim Spezieskauf 3
a) nach den Gewährleistungsvorschriften
1. §§ 443, 460, 476, 477, 478. 479 3
2. § 463 6
b) nach § 123 11
c) nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen . 16
1. § 823 Abs. 2 17
2. § 826 17
II. Beim Gattungskauf 20
III Beim Viehkauf 24

Literaturverzeichnis.

Bachem: Erfüllungsinteresse und arglistige Täuschung beim Abschluß des Kaufvertrages. Jur. Diss. Greifswald 1913.

Behnisch: Der Gattungskauf. Jur. Diss. Breslau 1909.

v. Blume: Das Verhältnis des Anfechtungsrechtes zum Wandlungsrecht beim Kauf und beim Mietvertrage. „Recht" 1907, 351.

Brodmann: Handelsgeschäfte im allgemeinen. Ehrenberg's Handbuch IV, 2 S. 73 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens 1909.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1926/27.

Fürth: Ueber das Verhältnis des Wandlungsanspruches beim Kauf zu der Anfechtung wegen Irrtums und Betruges. Jur. Diss., Leipzig 1907.

Geppert: Zur Arglist des Verkäufers beim Vertragsabschluß. Iher. Jahrb 64, 437.

Graf: Aufklärungspflicht bei Vertragsschluß. Jur. Diss., Jena 1916.

Hanke: Das Sonderrecht des Viehkaufs. Berlin 1910.

Hoeniger: Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge. Lpz. Ztschr. 1911, 578.

Jeß: Ueber den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB. im „Recht" 1914, 81.

Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht, Berlin 1908.

Krückmann: Zum Recht des Viehkaufs. Ztschr. f. Rechtspfl. i. B. 3, 29.

Laubhardt: Preisminderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Viehmängeln. Gruch. 54, 530.

Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß, Berlin, 1910.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum B. G. B. 1926/28.

Matthiessen: Zur analogen Anwendung des § 463 B. G. B. Jur. Wochenschr. 1913, 1010.

Meisner: Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf, Ztschr. f. Rechtspfl. i. B. 2, 469.

Meisner: Das Viehgewährschaftsrecht, 1927.

Modestus Lipsiensis: Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer. Jur. Wochschr. 1908, 550.

Motive: Zum Entwurf eines B. G. B. 2. Aufl.

Neumann: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1912.

Oberlandesgerichte: Entscheidungen.

Oertmann: Kommentar, das Recht der Schuldverhältnisse 1910.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 1913—1923.

Reichsgericht: Entscheidungen in Zivilsachen.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 1928.

Riehl: Arglistige Vorspiegelung. „Recht" 1914, 470.

Riehl: Die Arglist beim Vertragsschluß. Gruch. 60, 790.

Schneider: Ueber die Haftung des Verkäufers bei arglistiger Täuschung über Sachmängel. Arch. f. bür. R. 39, 1.

Siméon-David: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 1923.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 1926.

Starck: Ist die Anfechtung nach § 123 B. G. B. ausgeschlossen, wenn wegen arglistigen Verschweigens eines Sachmangels die Wandlungsklage nach §§ 459, 480 möglich und gegeben ist? Lpz. Ztschr. 18, 247.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1927.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1912—1927.

Stelmachowski: Viehgewährschaft nach dem bürgerlichen Recht. Jur. Diss. Göttingen 1908.

Stölzle: Viehkauf, 1926.

Stölzle: Gerichtliche Entscheidungen über den Viehkauf, 1928.

Stölzle: Aus der Praxis des Viehgewährschaftsrechts nach dem B. G. B. Jur. Woch. 1901, 736; 1902, 117.

Stölzle: Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf. Ztschr. f. Rechtspfl. i. B. 2, 436; 3, 145.

Then: Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf. Ztschr. f. Rechtspfl. i. B. 2, 225.

Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1913.

Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuch, 1905.

„Arglist ist das vorsätzliche und zugleich versteckte objektiv verwerfliche Benehmen[1]." Beim Kauf erscheint aber das arglistige Verhalten in den Gesetzesbestimmungen lediglich als arglistiges Verschweigen von Mängeln des Kaufgegenstandes, und diesem Verhalten wenden wir vorläufig — abgesehen von dem Falle der arglistigen Vorspiegelung von Sacheigenschaften, — unsere Betrachtung zu. Um einen Mangel verschweigen zu können, muß er dem Verkäufer bekannt gewesen sein, beziehungsweise er muß sein Dasein für möglich gehalten haben[2]. Dagegen genügt ein Kennenmüssen hier nicht, da dann nie eine Täuschungsabsicht möglich wäre.

Der Verkäufer, auf dessen Seite ja nur ein Verschweigen von Mängeln vorliegen kann, ist nun nicht ohne weiteres zur Anzeige jeglicher Fehler der Kaufsache verpflichtet, wenngleich das einer sittlichen Pflicht entsprechen würde[3]. Das würde gerade beim Kauf zu Unbilligkeiten führen, da doch hier mehr als bei jedem anderen Vertrage jeder Teil auf seinen Vorteil bedacht ist, und eine solche rechtliche Verpflichtung den Verkäufer erheblich benachteiligen und ihn häufig der besten Verkaufsbedingungen berauben würde.

Das Verschweigen kann also nur dann ein arglistiges sein, wenn für den Verkäufer eine Pflicht zur Mitteilung besteht. Diese Mitteilungspflicht wird auch vom Reichsgericht[4] vorausgesetzt. Wie weit sie sich erstreckt, ist durchaus Tatfrage. Staub[5] legt die Verkehrsauffassung im Hinblick auf die Eigenartigkeit des einzelnen Falles zugrunde. Klein[6] dagegen zeigt an den Fällen, wo das B. G. B. dem einen Vertragsteil die Verpflichtung auferlegt, den anderen von irgendwelchen Ereignissen oder Tatsachen in Kenntnis zu setzen, daß überall dort der Grundsatz von Treu und Glauben zugrunde liegt; jeder der Vertragsteile, die doch beide für sich aus dem zwischen ihnen bestehenden

---

[1]) Unter den vielen Definitionen der Arglist, sei diese Definition Weyls, S. 456, angeführt.
[2]) Planck, § 443; R. G. Jur. Woch. 03, 99 u. a.
[3]) So auch R. G. Recht 1926 Nr. 225.
[4]) R. G. Z. 62, 150; 69, 15; 107, 147; 111, 234.
[5]) § 377 Anm. 148.
[6]) S. 109 ff.

Schuldverhältnisse Vorteile ziehen wollen, hat für diese Zweckerreichung einzutreten, und muß darum dem anderen Teile grundlegende Tatsachen über das Schuldverhältnis mitteilen, soweit sie für das richtige Handeln des Betreffenden von Erheblichkeit sind und ihn vor Schaden bewahren können. Es handelt sich also hier lediglich um die Verpflichtung der Mitteilung von grundlegenden Tatsachen; das Reichsgericht geht noch einen Schritt weiter in R. G. Z. 111, 234, wenn es sagt, daß nach Treu und Glauben die Mitteilung derjenigen Tatsachen gefordert werden kann, „die hinsichtlich des bestimmten Kaufgegenstandes und seiner Wertschätzung erkennbar für die Entschließung des Käufers erheblich sind".

Eine Verletzung dieser Mitteilungspflicht braucht sich aber noch nicht als arglistiges Verschweigen darzustellen. Das ist erst dann der Fall, wenn der Verkäufer wissen oder mindestens vermuten muß, daß der Käufer den Vertrag bei Kenntnis der Tatsache nicht oder nicht unter diesen Bedingungen abschließen würde. Dabei kommt es hier nicht lediglich auf das subjektive Ermessen des Verkäufers, der sich ja sonst stets von einem gewissen Optimismus in dieser Beziehung leiten lassen dürfte, sondern vielmehr auf den objektiven Maßstab des Verkehrs an, oder wie es Siméon ausdrückt, es dürfen nicht Umstände verschwiegen werden, „die nach vernünftigem Ermessen für die Willensbestimmung des Käufers von Erheblichkeit sein konnten[1])". Beachtlich erscheint noch, daß das Reichsgericht sehr weit geht mit der Annahme von arglistigem Verschweigen; so nimmt es ein solches dort an, wo der Verkäufer einen Mangel der Kaufsache als ungewiß darstellt, während ihm sein Vorhandensein bekannt ist. Selbst in bewußter Uebertreibung kann Arglist liegen[2]). Dagegen ist es nicht erforderlich, daß der Verkäufer irgend einen Umstand verdeckt, oder unkenntlich macht[3]); es genügt vielmehr, daß der Käufer den Fehler nicht kennt und durch das Verschweigen seine Täuschung beabsichigt war, insofern als die objektiv begründete Möglichkeit bestand, daß eine Aufklärung über die tatsächlichen Verhältnisse eine andere Willenserklärung hervorgerufen hätte, und dies dem Verkäufer bekannt war[4]).

Auch in der Zusicherung einer Eigenschaft kann arglistiges Verschweigen liegen, nämlich dann, wenn die Zusicherung wider besseres Wissen erteilt ist[5]); in diesem Falle liegt das Verschweigen eben in der Nichtaufklärung

---

[1]) Bd. 1 S. 417.
[2]) R. G. Z. 75, 436; Warn. Rechtspr. 12—13 Nr. 42.
[3]) R. G. Z. 62, 150.
[4]) R. G. Z. 55, 214; 62, 302; Graf S. 14.
[5]) R. G. Gruch. 48, 334; R. G. Z. 62, 300.

über die falsche Zusicherung. In Fortentwickelung des Gedankens, daß der Verkäufer auch einen Fehler arglistig verschweigen kann, dessen Vorhandensein er nur für möglich gehalten hat, nimmt das Reichsgericht[1]) auch dann arglistiges Verschweigen an, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft, auf die der Käufer entscheidendes Gewicht legt, zusichert, obwohl er nicht weiß, ob sie vorhanden ist oder nicht. Handelt der Verkäufer arglistig, so kommt eine Mitschuld des Käufers nicht in Betracht. Der Verkäufer darf sich also z. B. nicht auf die Fahrlässigkeit des Käufers berufen[2]).

Zuletzt kommt noch der Begriff der arglistigen Vorspiegelung einer Sacheigenschaft beim Kauf in Frage. Darunter ist das Vorgeben des Verkäufers zu verstehen, die Sache besäße eine besondere Eigenschaft, ohne daß dieses als Zusicherung zum Vertragsinhalt gemacht worden wäre, in der Absicht, den Käufer zu täuschen und dadurch überhaupt oder unter günstigeren Bedingungen die Sache zu verkaufen. Dafür ist also stets ein besonderes Handeln des Verkäufers notwendig; es dürfte daher keine Schwierigkeiten bieten, das arglistige Vorspiegeln im gegebenen Falle zu erkennen.

Das Gesetz hat nun an den Tatbestand des arglistigen Verhaltens überhaupt, und im besonderen bei Rechtsgeschäften, und auch da wieder im erhöhten Maße beim Kauf gewisse Rechtsfolgen geknüpft, die den treugläubigen Verkehr schützen und dem durch die Arglist geschädigten Vertragsteil zur Schadloshaltung verhelfen sollen.

Unter den allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über den Kauf findet sich zunächst im § 443 eine Vorschrift über arglistiges Verhalten. Es wird hier der Fall geregelt, daß durch eine besondere Vereinbarung dem Verkäufer die Gewährleistung für Mängel im Recht erlassen ist, und der Verkäufer einen solchen Mangel arglistig verschweigt. Dann ist nach § 443 B. G. B. die diesbezügliche Vereinbarung nichtig. Diese Nichtigkeit erstreckt sich aber nur soweit, wie sich die Vereinbarung auf den verschwiegenen Mangel bezieht, sie ergreift also nicht etwa die ganze Vereinbarung, noch weniger den gesamten Kaufvertrag; es bedarf auch zu ihrer Geltendmachung weder einer Anfechtung, noch eines ursächlichen Zusammenhanges, sondern sie tritt ipso iure ein[3]).

Meistens wird sich die Arglist innerhalb des Kaufes auf eine Täuschung über Sachmängel beschränken. Deswegen

[1]) Recht 07, 1009; 09, 653; a. A. Planck Bem. zu § 476.
[2]) R. G. Z. 67, 281; 69, 277; 76, 313.
[3]) R. G. Z. 62, 124 ff; 55, 214.

findet sie auch größtenteils ihre Behandlung in den Vorschriften über die Sachmängelgewähr. Da letztere aber beim Spezies-, Gattungs- und Viehkauf verschieden sind, so ist auch bei der Behandlung der Arglist zwischen diesen Kauftypen zu unterscheiden.

Der am häufigsten vorkommende Kauf ist der einer bestimmten Sache. Das B. G. B. läßt dabei nun gegenüber dem arglistigen Verkäufer eine Verschärfung seiner Mängelhaftung eintreten, indem es dem Käufer teils einen besonderen Schadenersatz gewährt (§ 463 B. G. B.) teils aber eine Reihe von Haftungsbeschränkungen, die zu Gunsten des Verkäufers bestehen, bei dessen Arglist fortfallen läßt. (§§ 460, 476, 477, 478 Abs. 2, 479 B. G. B.)

So haftet der Verkäufer, der einen Mangel arglistig verschwiegen hat, auch dann dem Käufer, wenn diesem der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, eine Ausnahme zu der Regel, daß der Verkäufer Mängel, die der Käufer kennt, oder grob fahrlässig nicht kennt, nicht zu vertreten braucht.

Eine dem § 443 B. G. B. entsprechende Vorschrift für Sachmängel findet sich im § 476 B. G. B. Hiernach ist der vertragliche Ausschluß der Gewährleistung unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Aber auch hier ist zu beachten, daß der Gewährleistungsausschluß nur soweit nichtig ist, als er sich auf den verschwiegenen Mangel bezieht, nicht etwa bezüglich sämtlicher Mängel und weiterer Fehler, bei denen dem Verkäufer ein arglistiges Verhalten nicht nachzuweisen ist. Der § 139 B. G B. ist hier nicht anzuwenden, da § 476 B. G. B. eine Sondervorschrift gegenüber der Regelung des § 139 B. G. B. darstellt. Ebensowenig wird der ganze Kaufvertrag nach § 139 nichtig, wenn der Gewährleistungsausschluß bei arglistigem Verschweigen nichtig wird, da ja gerade der Käufer, der sich auf § 476 B. G. B, also auf eine Vorschrift aus dem Gewährschaftsrecht beruft, bei dem Vertrage stehen bleiben will. Will er vom Vertrage selbst loskommen, so bliebe ihm eine Anfechtung desselben nach § 123 B. G. B. Eine solche ist aber nicht etwa notwendig gegenüber der Vereinbarung des Gewährleistungsausschlusses, um die Wirkung des § 476 herbeizuführen: Diese Wirkung tritt ohne weiteres ein[1]). Zu beachten bleibt auch noch, daß, falls von mehreren Verkäufern auch nur einer arglistig gehandelt hat, diese sämtlich sich nicht auf einen Gewährleistungsausschluß berufen dürfen, sondern daß ihnen gegenüber stets die Vorschrift des § 476 B. G. B.

[1]) R. G. Z. 62, 122; Jur. Woch. 1914, 75, 7.

geltend gemacht werden kann[1]). Das Reichsgericht setzt im § 463 B. G. B. — wie weiter unten behandelt ist, — arglistiges Vorspiegeln gleich arglistigem Verschweigen. Es ist eine konsequente Durchführung dieser Auffassung, wenn man den § 476, — und natürlich auch den § 477 B. G. B. — beim Fehlen vorgespiegelter Eigenschaften ebenfalls anwendet[2]). In jedem Falle ist eine Ausnutzung des § 476 durch den Käufer dadurch erschwert, daß der Käufer die Beweislast hat für die Arglist u n d die Kenntnis des Mangels auf Seiten des Verkäufers. Unzulässig erscheint auch nicht ein Verzicht auf die Gewährleistung selbst arglistig verschwiegener Mängel nach Abschluß des Kaufvertrages, wenn der Käufer Kenntnis von dem arglistigen Verschweigen erlangt hat[3]).

Weiterhin wird die Haftung des arglistigen Verkäufers dadurch verschärft, daß die für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche besonders kurz bemessenen Verjährungsfristen nach § 477 B. G. B. nicht zur Anwendung kommen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, bezw. (siehe oben) eine Eigenschaft betrüglich vorgespiegelt hat. Hier ist zu beachten, daß das Erfordernis der Arglist hier ein anderes ist, als im § 123 B. G. B.; denn hier ist im Gegensatz zu dieser Vorschrift nicht erforderlich, daß das arglistige Verhalten für den Willensentschluß des Käufers beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes bestimmend war, und zwar genügt nicht ein allgemein arglistiges Verhalten, sondern erforderlich ist, daß die Arglist durch Verschweigen oder Vorspiegelung in eine Beziehung zur Mängelgewähr gesetzt ist[4]). Liegt dann ein derartiger Tatbestand vor, so tritt also nicht die kurze, sondern die übliche Verjährungsfrist des § 195 B. G. B (30 Jahre) ein, da es sich hier um vertragliche Ansprüche handelt, und der dolus in contrahendo dem dolus in contractu durch § 463 B. G. B. gleichgestellt ist. (R. G. Z 66, 87) Dieser Anspruch aus dem arglistigen Verschweigen ist also ein vertraglicher und folgt bezüglich seiner Verjährung stets dem § 195 B. G. B., selbst dann, wenn aus demselben arglistigen Verschweigen ein Anspruch wegen unerlaubter Handlung nach den §§ 823, 826 B G. B geltend gemacht werden kann. Dieser letztere unterliegt allerdings an sich der kurzen Verjährung des § 852 B. G. B Jeder dieser Ansprüche folgt also bezüglich der Verjährung seinen besonderen Bestimmungen. Beachtlich

[1]) Recht 1915 Nr. 1058.
[2]) Soergel I. § 476; R. G. Jur. Woch. 11, 808, 13; 14, 75, 7.
[3]) Neumann 1912, § 476 A. 3.
[4]) Staud. § 477, 2, c; R. G. Soerg. Rechtspr. 15, § 477 Z. 1.

erscheint noch, daß bei arglistigem Verschweigen die Verjährungsfrist vom Zeitpunkte des Vertragsschlusses, nicht von der Uebergabe der gekauften Sache an läuft[1]).

Die §§ 478, 479 B. G. B. verstärken die Haftung des arglistigen Verkäufers noch insofern, als der Käufer diesem gegenüber weder zur Mängelanzeige verpflichtet ist, noch auch nach der Verjährung irgend welchen Beschränkungen in der Aufrechnung dieses Anspruches unterliegt.

Verschärfen die bisher angeführten Bestimmungen die Haftung des Verkäufers dadurch, daß sie bei Arglist desselben die zu seinen Gunsten erlassenen Haftungsbeschränkungen aufheben, so gibt § 463 B. G. B. dem Käufer in diesem Falle einen neuen Rechtsbehelf: Der Käufer kann neben Wandlung und Minderung einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Als Voraussetzung für die Geltendmachung dieser Ansprüche verlangt der § 463 B. G. B. entweder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder das arglistige Verschweigen eines vorhandenen Fehlers. Eine auf Arglist nach § 463 B. G. B. gestützte Klage stellt sich als Gewährleistungsklage dar[2]), der Anspruch ist also ein vertraglicher und muß daher seine Grundlage im Vertrage haben, mit anderen Worten, die Arglist muß mit dem Vertrage bezw. seinem Abschlusse verbunden sein Insofern stehen Zusicherung und arglistiges Verhalten gleich. Das bedeutet nun aber nicht, daß das arglistige Verhalten ebenso wie die vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft als ein Teil des Vertragsinhalts angesehen werden muß[3]). Im Gegenteil: Es läßt sich nämlich auch eine Haftung für ledigliche Angaben von Tatsachen, die keine Zusicherungen, aber arglistig unrichtig abgegeben worden sind, nach § 463 B. G. B herbeiführen, wenn man annimmt, daß ein Verschweigen eines Mangels auch dann vorliegt, wenn irgendwelche unrichtige Behauptungen aufgestellt werden (z. B bezüglich der Höhe des Umsatzes eines Geschäftes), da dann eine Offenbarungspflicht für die Wahrheit besteht[4]). Das Reichsgericht hat uns aber einen näheren Weg gewiesen, auf dem wir leichter zu demselben Resultate kommen, zumal es gekünstelt erscheint, von dem Begriffe der „unrichtigen Behauptungen“ zu dem des „arglistigen Verschweigens“ zu kommen.

Der vom Reichsgericht gewiesene Weg ist der vielumstrittene des Analogieschlusses aus § 463 B G. B. Schon in

[1]) Komm. R. G. R. § 477 Anm. 1; Warneyer 1919 Nr. 30.
[2]) R. G. Z. 66, 86; 67, 146; 83, 244.
[3]) R. G. Z. 99, 122.
[4]) Staud. § 460, 3a.

einer ganzen Reihe von Entscheidungen[1]) hat das Reichsgericht den § 463 B. G. B. auch für den Fall für anwendbar erklärt, daß der Verkäufer dem Käufer eine Eigenschaft arglistig vorspiegelt. Es begründet seine Ansicht in den genannten Entscheidungen damit, daß, wenn dem Käufer aus § 463 B. G. B. ein Schadenersatzanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers zusteht, daraus „wegen Gleichheit des Rechtsgrundes" gefolgert werden muß, daß das Gesetz auch wegen Fehlens solcher Eigenschaften, deren Vorhandensein dem Käufer bei dem Vertragsschlusse betrüglich vorgespiegelt worden ist, diesem einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren will.

Diese Entscheidungen des Reichsgerichts haben nun einen erbitterten Meinungsstreit hervorgerufen. Ein Teil der Schriftsteller[2]) hat sich nun der Meinung des Reichsgerichts angeschlossen, teils mit dem Umwege über die durch die unrichtigen Behauptungen hervorgerufene Offenbarungspflicht der Wahrheit. Der Kommentar Staudingers, der doch oben auf Seite 6 unter Fußnote 4 dasselbe sagt, tut den Schritt zur Analogie allerdings nicht, da bei arglistigem Vorspiegeln eine unerlaubte Handlung und kein vertragsmäßiger Rechtsgrund vorliege, und außerdem genügend Schutzmittel beständen, z. B. in den §§ 123, 823 Abs. 2 B G. B. in Verbindung mit § 263 Str G. B., und § 826 B. G B. Es ist nun aber nicht einzusehen, warum die Arglist beim Vorspiegeln außerhalb des Vertrages liegen soll, während sie beim Verschweigen einen vertragsmäßigen Rechtsgrund darstellt. Was die Einwendung der ausreichenden Schutzmittel anbetrifft, ist zu sagen, daß dieselben Schutzmittel ja auch bei arglistigem Verschweigen in Frage kommen und trotzdem noch der Schutz des § 463 B. G. B. besteht.

Von den Gegnern hat sich als erster Matthiessen[3]) gegen den Analogieschluß gewandt. Er will diesen nicht gelten lassen, da er eine Analogie zu § 463 B. G B. für ausgeschlossen hält, weil dieser § ja nur eine Erweiterung der Gewährleistungsansprüche aus § 459 B G B. darstelle und sich dort die eigentliche Grundlage für die Materie befinde, dort aber nur vertraglich hafte, wer vertraglich zusichere. Also könne ein Betrüger nur als Betrüger haften. Dagegen läßt sich einmal sagen, daß es nicht ohne weiteres einzusehen ist, daß zu einer Erweiterungsvorschrift nicht ein

---

[1]) R. G. Z. 63, 57 u. 112; 66, 335; 83, 243 u. a.

[2]) Loewenwarter I, § 123 S. 134; Dernburg II, 2 S. 73. Warn. § 463, III. Komm. R. G. R. § 463, 5; Enn. § 331, II, 3 b. c; Staub, § 377, Anm. 149b.

[3]) Jur. Woch. 1913, 1010.

Analogieschluß möglich sein soll, besonders wenn die Erweiterungsvorschrift einen ganz anderen Gesichtspunkt schafft; denn durch § 463 B. G. B. soll durchaus der treugläubige Rechtsverkehr gegen Betrug geschützt werden, während § 459 B. G. B. nur ganz allgemein die Mängelgewähr regelt. Dann aber ist ja gerade durch § 463 B. G. B. für den, der durch arglistiges Verschweigen betrügt, eine Ausnahme von der bloßen Betrugshaftung gemacht; und darum ist es richtig zu sagen[1]), daß der, der arglistig vorspiegelt, nicht besser stehen darf, als der arglistig Verschweigende, da beide letzten Endes dasselbe tun; das Gesetz hat den Sinn, den unredlichen Verkäufer mit einem empfindlichen Nachteil zu treffen und darum darf der, der selbst die irrige Vorstellung des Käufers durch arglistige Vorspiegelung hervorruft, nicht glimpflicher behandelt werden, als der, der diese irrige Vorstellung nur für sich ausnützt. Durch § 463 soll auf die Vertragstreue hingewirkt werden. Die beiderseitige Arglist des Verschweigenden und Vorspiegelnden stellt sich aber als ein gleicher Verstoß gegen die Vertragstreue dar, und infolgedessen ergibt sich die Berechtigung einer gleichen Behandlung der beiden[2]).

Riehl versucht in seinen beiden Abhandlungen[3]) übereinstimmend den Analogieschluß von anderer Seite her zu Fall zu bringen. Er folgert: Das Gesetz gibt Schadensersatz „wegen Nichterfüllung" gegen den, der einen Fehler arglistig verschweigt. Mit Recht, denn es werde ein Vertrag durch mangelhafte Lieferung nicht erfüllt. Wer dagegen Eigenschaften vorspiegele, leiste ja eine an sich mangelfreie Sache, erfülle also den Vertrag, könne also wegen Nichterfüllung nicht in Anspruch genommen werden. Nun sollte aus Analogie einer haftbar sein, weil jemand, der den Vertrag nicht erfüllt hat, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, er aber den Vertrag erfüllt habe? Es fehle also an der Gleichheit des Rechtsgrundes!

Das Reichsgericht nimmt aber seinerseits (gegen Riehl) an, daß auch bei mangelhafter Leistung der Vertrag erfüllt sei. Dieser Meinung schließt sich auch ein großer Teil der Literatur an. Das läßt sich zunächst für den Spezieskauf ohne Schwierigkeiten nachweisen. Denn verkauft jemand eine mangelhafte Sache und liefert sie dann, so handelt er keinesfalls rechtswidrig. Für ihn besteht ja keine Verpflichtung, eine fehlerfreie, sondern nur die verkaufte, bestimmte Sache

---

[1]) Staub, § 377 Anm. 86; Jess, Recht 1914, 81.
[2]) Mod. Lips. Jur. Woch. 08, 503.
[3]) Recht 14, 470 u. Gruch. 60, 813 ff.

zu liefern. Tut er dies, so erfüllt er den Vertrag[1]). Denn wäre dies nicht der Fall, so bestände ja für den Verkäufer, falls der Mangel sich nicht beseitigen läßt, überhaupt nicht die Möglichkeit, den Vertrag zu erfüllen[2]). Dieser wäre also auf eine unmögliche Leistung gerichtet, und damit nichtig, eine Konsequenz, die doch untragbar wäre. Die Ansprüche aus dem Gewährschaftsrecht ergeben sich auch keineswegs aus einer Nichterfüllung des Vertrages. Insofern ist der Ausdruck im § 463 B.G.B., der von einem Schadensersatz „wegen Nichterfüllung" redet, als ungenau abzulehnen; denn wenn einer zur Leistung einer bestimmten Sache verpflichtet ist, und er diese, — wenn auch mit einem Mangel behaftet, — leistet, so kann man doch nicht von einer „Nichterfüllung" des Vertrages sprechen.

Jess[3]) als Vorsitzender des 5. Zivilsenates, der zunächst in seinen Entscheidungen den Analogieschluß anwandte, will dem Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" eine andere Deutung geben. Um zu erklären, daß das Gesetz einen solchen Schadensersatz gewährt, trotzdem doch der Kaufvertrag durch Leistung einer mangelhaften Sache erfüllt ist, legt er dem Gesetz die Fiktion zu Grunde, daß es die Arglist der Vertragsmäßigkeit gleichstellt, das heißt, daß der arglistig Verschweigende dem arglistig Zusichernden gleichgestellt wird. Dann muß aber auch notwendig die Arglist des außervertraglich Vorspiegelnden der des Verschweigens durch Analogieschluß gleichgestellt werden.

In jedem Falle also steht und fällt der Analogieschluß mit der Annahme, daß der Kaufvertrag durch Leistung einer mangelhaften Sache erfüllt werde Wenn man sich also dieser Ansicht, die vom Reichsgericht und der überwiegenden Literatur vertreten wird, anschließt, kann man auch den Analogieschluß mitmachen; das gibt auch Riehl trotz seiner Gegnerschaft zu dieser Entscheidung des Reichsgerichts zu.

Da Analogie aber nur da angebracht ist, wo eine Lücke im Gesetz besteht, wendet man ein[4]), daß dieses gar nicht der Fall und der Analogieschluß aus diesem Grunde überflüssig sei. Das stimmt aber nicht; denn im § 463 wird nur von einem einzigen Falle der Arglist gesprochen, nämlich nur von dem arglistigen Verschweigen. Hat nun aber der Verkäufer arglistig geredet, so paßt der § 463 B. G.B. schon nicht mehr, und es würde für den Verkäufer keinerlei vertragliche Haftung bestehen. In dem Falle des arglistigen Redens aber muß

[1]) Leonhard S. 25
[2]) Planck § 459 1c.
[3]) Recht, 14, 81.
[4]) Geppert, Jher. Jahrb. 64, 470.

der Verkäufer natürlich erst recht haften, denn er handelt doch viel arglistiger, als der, der lediglich verschweigt. Damit ist die Lücke im Gesetz deutlich nachgewiesen[1]).

Die praktischen Folgen, die sich aus der Anwendung oder Nichtanwendung des Analogieschlusses für den Rechtsverkehr ergeben, scheinen nicht zum Vorteile einer von beiden Meinungen zu sprechen Gegen den Analogieschluß spricht, daß nunmehr der Verkäufer leicht für irgend welche Worte — und es werden deren bei einem Vertragsabschluß viele gemacht, für deren Bindung man nicht eintreten will — nach § 463 B. G. B. haftbar gemacht werden könnte. Aber es ist mindestens ein ebenso großer Vorteil auf der anderen Seite, daß man nunmehr dem so getäuschten Käufer den vertraglichen Schadenersatzanspruch aus § 463 B. G B. geben kann und ihn nicht mehr auf die §§ 123, 823 Abs. 2, 826 B. G. B. angewiesen sein läßt. Außerdem besteht das arglistige Vorspiegeln in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Aufstellung einer Behauptung, über die Beschaffenheit einer Kaufsache, ohne daß die Behauptung zum Vertragsinhalt gemacht worden ist[2]). Schon daraus, daß das Aufstellen einer Behauptung erforderlich ist, ersieht man, daß der Verkäufer nicht für jedes seiner „dicta“ beim Vertragsabschluß haften soll. Zu einer Behauptung gehört mehr als eine bloße Rederei, eine bloße Angabe oder Anpreisung. Für eine Behauptung muß man verlangen, daß sie mit einer gewissen Bestimmtheit abgegeben wird, und dadurch Einfluß auf den Vertrag erlangt.

Es bestehen also auch deswegen keinerlei Bedenken, und so schließe ich mich dem Analogieschluß des Reichsgerichts an. Danach stehen also dem Käufer, der infolge arglistigen Verschweigens oder arglistiger Vorspiegelung durch den Verkäufer eine mangelhafte Sache gekauft und erhalten hat, nach § 463 B. G. B. die Rechte der Wandlung, der Minderung oder des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zu.

Zu erwähnen bleibt noch der Fall, daß auf der einen oder der anderen Vertragsseite mehrere Personen stehen, und nur von oder gegenüber einem eine Arglisthandlung ausgeführt wird. Es gilt dann der Grundsatz, daß es genügt, daß nur einer von mehreren Verkäufern einen Mangel arglistig verschweigt und daß gegenüber diesem die Ansprüche daraus geltend gemacht werden; ebenso reicht es zu der Begründung der Rechte aus der Arglist des Verkäufers aus, wenn von mehreren Käufern nur einem gegenüber arglistig gehandelt wird[3]).

[1]) Leonhard Seite 55.
[2]) Staub § 377 Anm. 149b.
[3]) Recht 15, Nr. 1058; O. L. G. 13, 410.

Während wir auf die beiden Begriffe der Wandlung und Minderung nicht näher einzugehen brauchen, da sie in der Literatur bereits erschöpfend behandelt sind, muß der dritte etwas näher erläutert werden, zumal er auch in den Streit um den Analogieschluß hineingezogen worden ist Unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" ist das positive Interesse zu verstehen[1]). Das Reichsgericht[2]) stellt nun den, der durch arglistige Zusicherung getäuscht worden ist, so, als wäre das Zugesicherte wahr Da aber der § 463 den, der arglistig verschweigt, dem gleichstellt, der arglistig zusichert, und da nach Analogieschluß des Reichsgerichts der, der arglistig vorspiegelt, ebenso behandelt wird, wie der, der arglistig verschweigt, kommt man zu dem Ergebnis, daß auch in dem Falle der arglistigen Vorspiegelung eine Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, d. h. das positive Interesse gegeben ist, ein Ergebnis, das auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts[3]) seine Bestätigung findet. Mit Folgerichtigkeit gibt das Reichsgericht dann auch in R. G. Z. 92, 295 dem durch arglistige Vorspiegelung Getäuschten ein Recht auf Wandlung und Minderung neben dem Ersatz des Erfüllungsinteresses.

Bei der Behandlung der Rechtsbehelfe, die dem Käufer gegen den arglistigen Verkäufer zustehen, dürfen neben den Gewährleistungsvorschriften nicht die allgemeinen Schutzmittel übersehen werden, die gegen den arglistigen Vertragsteil Schutz gewähren.

Zu ihnen gehört in erster Linie der § 123 B. G. B. Aus seinem Wortlaut geht hervor, daß im Gegensatz zu den Gewährleistungsvorschriften, die eigentlich doch nur das arglistige Verschweigen behandeln, unter seinen Geltungsbereich noch weitergehende Arglisthandlungen fallen; denn er spricht von „arglistiger Täuschung". Welche Einzelhandlungen von diesem § erfaßt werden, ist natürlich Tatfrage. Man kann aber allgemein unter arglistiger Täuschung das Hervorrufen eines Irrtums oder das arglistige Ausnützen eines bei dem andern Vertragsteil schon bestehenden Irrtums verstehen[4]). Denn Täuschung ist jedes wissentliche, auf Irreführung des Käufers berechnete Verhalten[5]). Arglistig ist diese Täuschung dann, wenn sie verübt wird, um durch dieselbe die Willenserklärung des anderen Vertragsteils widerrechtlich zu beeinflussen. Dabei ist gleichgültig, ob und wer durch die

[1]) Riehl Gruch. 60, 810; Geppert Iher. Jahrb. 64, 45.
[2]) R. G. Z. 59, 156.
[3]) R. G. Z. 63, 112; 66, 335; Jur. Woch. 14, 189; Warn. 1912/13 Nr. 282.
[4]) Komm. R. G. R. § 123 Anm. 2.
[5]) Jur. Woch. 05. 639; 09, 308.

Täuschung benachteiligt wird, vielmehr ist wesentlich, daß sie für die Willenserklärung ursächlich gewesen ist; der geforderte Kausalzusammenhang ist aber dann gewahrt, wenn der Getäuschte nachzuweisen vermag, daß er ohne die Täuschung die Willenserklärung nicht, oder nicht eine dieser Art abgegeben hätte. Daraus ergibt sich, daß die Täuschung bei Abschluß des betreffenden Geschäftes begangen sein muß. Es spielt dabei keine bedeutsame Rolle, ob die Täuschung wesentliche, oder unwesentliche Eigenschaften der Kaufsache betrifft; nur wird es in der Praxis Schwierigkeiten bereiten, nachzuweisen, daß die Täuschung über unwesentliche Eigenschaften ursächlich für das Zustandekommen des Geschäftes gewesen ist, während die über wesentliche Eigenschaften schon von vornherein die diesbezügliche Wahrscheinlichkeit für sich hat.

Von Wichtigkeit für die Anwendung des § 123 B. G. B. bei einem Kauf ist es insbesondere, festzustellen, wieweit der Begriff des arglistigen Verschweigens unter den der arglistigen Täuschung und damit in das Anwendungsgebiet des § 123 B. G. B. fällt. Wir haben vorhin festgestellt, daß man die arglistige Täuschung als das Hervorrufen oder Benutzen eines Irrtums des anderen Vertragsteiles definieren kann. Dann ist der Tatbestand der arglistigen Täuschung stets dadurch erfüllt, daß der andere Teil über seinen Irrtum nicht aufgeklärt wird. Und so stelle ich mich auf den Standpunkt des Kommentars der Reichsgerichtsräte[1]), „daß schon das bloße Verschweigen allemal den Tatbestand der arglistigen Täuschung erfüllt, wenn der Verschweigende eine Tatsache nicht mitteilt, von der er weiß, daß sie für die Entschließung des anderen Teiles von entscheidender Bedeutung sei, und wenn Treu und Glauben die Bekanntgabe erheischen". Es ist also nicht notwendig, daß der Verschweigende einen Umstand verdeckt, oder täuschende Mittel zu seiner Unkenntlichmachung anwendet: Um eine Anfechtung nach § 123 B. G. B. zu geben, genügt es, daß der Verschweigende etwas nicht sagt, zu dessen Mitteilung er durch die gegebenen Umstände verpflichtet ist[2]).

Damit ist aber festgestellt, daß eine arglistige Täuschung zwar in der Regel durch ein positives Handeln getätigt wird, daß aber der Tatbestand des § 123 B. G. B. auch durch Verschweigen erfüllt werden kann, wenn dieses ein arglistiges ist. Und damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß ein wirklich arglistiges Verschweigen, wie es ja auch der § 463 B. G. B. voraussetzt, immer auch die Anfechtungs-

[1]) § 123, 2.
[2]) R. G. Z. 62, 150.

möglichkeit aus § 123 B. G. B. gibt. Eine Unterscheidung, die darauf hinausgeht, eine Anfechtung etwa nur dann zu geben, wenn der Tatbestand des § 826 B. G. B. vorliegt, das heißt also, wenn der eine dem anderen Teile in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt hat[1]), ist abwegig. Denn dieser Auffassung steht der Wortlaut des § 123 B. G. B. durchaus entgegen. Dieser verlangt, daß der getäuschte Teil durch die Täuschung — bezw. das Verschweigen — zu einer Willenserklärung verleitet worden ist, aber niemals, daß er dadurch einen Schaden erlitten hat. Ebensowenig ist eine Bereicherungsabsicht auf Seiten des Verkäufers für die Anfechtung erforderlich; denn gerade durch dieses Moment unterscheidet sich der zivilrechtliche Betrug nach § 123 B. G. B. von dem strafrechtlichen nach § 263 Str. G B. Das arglistige Verschweigen ist also eine Unterart der arglistigen Täuschung[2]).

Wieweit fällt aber arglistiges Vorspiegeln unter den Begriff der arglistigen Täuschung? Diese Frage zu beantworten ist insofern einfacher, als in dem arglistigen Vorspiegeln doch schon ein positives Handeln enthalten ist. So wird auch das arglistige Vorspiegeln als ein Fall der arglistigen Täuschung nach § 123 B. G. B. in der Literatur[3]) angesehen. Damit ist uns auch die Möglichkeit gegeben, die falschen Anpreisungen und Empfehlungen zu erfassen, das heißt wenn sie arglistig gegeben werden, in der Absicht, den Käufer zu täuschen, und diesen Zweck auch erreicht haben. Doch wird die Arglist hierbei natürlich ausgeschlossen, wenn diese Angaben fahrlässig falsch gemacht werden. Es dürfen nur nicht solche sein, von deren Wahrheit der Verkäufer unmöglich überzeugt sein konnte. Darum ist es stets erforderlich, daß solche Umstände, die den Tatbestand aus dem Gebiete des fahrlässigen Handelns herausheben, festgestellt werden. Es genügt für die Fälle der arglistigen Vorspiegelung sogar ein Eventualdolus. Das kommt in allen den Fällen in Frage, wo eine Angabe in einer weniger bestimmten Form gemacht wird, wenn mit ihr aber ein Täuschungszweck erreicht werden sollte. So liegt z. B. auch dann Arglist vor, wenn der Erklärende Unwahres als wahr und als seine Ueberzeugung hinstellt, ohne von der Wahrheit überzeugt zu sein, wenn ihm auch gerade nicht die Unwahrheit bekannt ist[4]).

---

[1]) Brodmann: „Handelsgeschäfte im Allgem." in Ehrenbergs Hdbch. IV. 2, S. 73.
[2]) Graf S. 8.
[3]) Planck § 123 I 5; Enn. I. 2 S. 352; R. G. Z. 96, 15.
[4]) Graf S. 39 ff.

Wenn also danach bei arglistiger Täuschung, arglistigem Verschweigen und Vorspiegeln eine Anfechtung eines Kaufvertrages dem Gesetze nach möglich ist, bleibt zu behandeln, ob ihre Zulässigkeit etwa aus Gründen der Konkurrenz mit den Gewährleistungsvorschriften zu verneinen wäre. Nur eine verhältnismäßig kleine Anzahl in der Literatur hat sich der Anfechtungsmöglichkeit nach § 123 B. G. B. beim Kauf widersetzt. Dabei stützt diese Meinung sich meistens auf die Entscheidung des Reichsgerichts in R. G. Z. 70, 429, wo das Reichsgericht die Betrugsanfechtung bei einem Kaufe versagt. Es wird dabei aber übersehen, daß es sich in dieser Entscheidung lediglich um einen Gattungskauf handelt, über dessen abweichende Behandlung ich auf weiter unten verweise. Außerdem hat das Reichsgericht in seinen Entscheidungen im „Recht" 1913 Nr. 1093 und R. G. Z. 96, 156 gesagt, daß oben genannte Ansicht nur bezüglich des Gattungskaufes vertreten werde, daß aber beim Kaufe einer Einzelsache die Anfechtung ohne Bedenken zu gewähren sei.

Dagegen vertritt v. Blume[1]) die Meinung, daß die Gewährleistungsvorschriften Sonderbestimmungen gegenüber denen des allgemeinen Teils seien und so die letzteren als leges generales durch die leges speciales ausgeschlossen würden. Das sei doch bedeutsam für die verschiedenartige Verjährung nach beiden Rechtsbehelfen. Dabei wird aber übersehen, daß es nicht die ratio legis sein kann, gegenüber dem Betrüger irgend einen Ausschluß der Haftung herbeizuführen. Und wenn v. Blume meint, daß die Anfechtung durch die Gewährleistung deswegen begrifflich ausgeschlossen sei, weil der Käufer ja nicht davon ausginge, daß die Kaufsache bereits im Augenblick des Vertragsabschlusses fehlerfrei sei, also dann niemals bei Verschweigen von Mängeln ein zivilrechtlicher Betrug vorliegen könne, so mag das für die Fälle dahingestellt bleiben, wo der Mangel noch bis zur Uebergabe heilbar ist und der Verkäufer den Willen hat, ihn zu heilen Diese Ansicht paßt aber auf die weitaus größte Zahl der Fälle nicht, wo der Mangel nicht zu heilen ist oder gerade der Verkäufer die Absicht hat, die Kaufsache mit dem Mangel behaftet zu übergeben. Blumes Ansichten sind daher nicht durchschlagend, und wir wenden uns der Gegenmeinung zu, die beide Rechtsbehelfe gibt.

Es ist dabei, wie eben gesagt, zu beachten, daß dem Betrüger keinerlei Schutz gewährt werden darf, sondern im Gegenteil der Betrogene allen nur erdenklichen Schutz haben muß und auf jede Weise den Betrüger haftbar machen kann.

---

[1]) Recht 07, 354.

Daraus kann man folgern, daß der Gesetzgeber den arglistig Getäuschten nicht durch Sondervorschriften einschränkt, ihm vielmehr jeden, nach dem Gesetz zulässigen Rechtsbehelf eröffnet, um von dem Rechtsgeschäft wieder loszukommen. Anfechtungsrecht und Gewährleistungsanspruch sind dem Getäuschten daher nebeneinander zu geben[1]). Das hebt schon der Entwurf I zum B. G. B. hervor, der ausdrücklich sagt, daß beim arglistigem Verschweigen von Sachmängeln durch den Verkäufer beim Vertragsschluß dem Käufer das Anfechtungsrecht aus § 123 B. G. B. neben dem Gewährleistungsanspruch zusteht. Es gilt vor allem nach Möglichkeit die Vertragstreue zu gewährleisten, und um das zu können, muß eben der Käufer geschützt werden. Darum muß neben § 463 B. G. B. dem Käufer auch noch das Anfechtungsrecht zustehen. Auf diese Duplizität der Rechtsbehelfe kann nicht eindringlich genug hingewiesen werden[2]).

Allerdings vertragen sich diese beiden Klagen nur insoweit miteinander, als sie zwar beide gegeben sind, aber die Geltendmachung der einen die andere ausschließt. Denn erklärt der Käufer die Anfechtung, so ist der Vertrag von Anfang an nichtig, und die Wandlung oder Minderung, die einen bestehenden Vertrag voraussetzen, können nicht mehr geltend gemacht werden. Umgekehrt, erklärt der Käufer, er wolle wandeln oder mindern, so sagt er damit, daß er bei dem Vertrage stehen bleiben wolle. Aus diesem Grunde muß die Anfechtung bei einer Klage immer zuerst geltend gemacht werden, und nur als Eventualantrag die Ansprüche aus §§ 459 ff B G. B.; denn es muß nach R G Z 87, 256 immer zuerst über die Anfechtung entschieden werden. Jedoch tritt der Ausschluß der Anfechtung durch die Wandelung nicht schon mit der Erklärung, sondern erst mit dem Augenblick der Durchführung der Wandelung ein[3]).

Das Reichsgericht läßt u. a. in R. G. Z. 96, 156 und in Jur. Woch 1913, 88, 3 die Anfechtung zu, auch wenn Ansprüche aus der Gewährleistung möglich wären. Denselben Standpunkt nimmt auch faßt die ganze Literatur teils ohne, teils mit Angabe verschiedener Gründe, meistens aber unter Beziehung auf das Reichsgericht ein[4]).

Der Meinung des Reichsgerichts schließe auch ich mich an. Allerdings dürfte in der Praxis eine Anfechtung eines Kaufvertrages sich meistens weniger empfehlen, als die

---

[1]) Starck, Lpz. Ztschr. 18, 247.
[2]) Riehl, Gruch. 60, 826.
[3]) Oertmann § 123 B. 4a.
[4]) z. B Staud. Vorb. zu § 459 S. 650; Planck II 2, S. 693; Komm. R. G. R. § 123 Anm. 6 und a.

Geltendmachung der Gewährleistungsvorschriften. Denn einmal ist die Anfechtung an die kurze Verjährungsfrist des § 124 B. G. B. (ein Jahr nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes) gebunden, während die Ansprüche nach § 463 B. G. B aus arglistigem Verschweigen bezw. Vorspiegeln bis zu 30 Jahren seit dem Abschluß des Vertrages, nach §§ 477, 478 B. G. B. sogar noch darüber hinaus ihre Wirkung behalten. Dann gewährt auch § 463 einen weitergehenden Schadensersatz, als er neben einer Anfechtung gegeben werden kann, wie es sich unten zeigen wird.

Es bleibt noch, die Arglist beim Kauf unter den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung zu beurteilen. Verhält ein Vertragsteil dem anderen gegenüber sich arglistig, so ist das vom rein menschlichen und moralischen Standpunkt aus gesehen eine an sich zu verurteilende Handlung; doch damit ist noch nicht gesagt, daß sie auch im Sinne des B. G. B. als eine unerlaubte anzusehen ist. Der Gesetzgeber deutet wohl an, daß es an sich nicht sittenwidrig ist, wenn jemand bei Rechtsgeschäften und gerade beim Kauf auf seinen eigenen Vorteil bedacht ist[1]) Dieses Bedachtsein darf aber nicht zur Verletzung der gegnerischen Interessen führen, und durch ein verbotenes Mittel, wie es die Arglist ist, erreicht werden, so daß Arglist immer unter den § 826 B G.B. fällt, also ein sittenwidriges Verhalten ist, das dann auch eine unerlaubte Handlung im Sinne des B. G. B. darstellt. Und da sowohl arglistige Täuschung wie arglistiges Verschweigen, als auch arglistiges Vorspiegeln Fälle von Arglisthandlungen darstellen, so werden sie sämtlich auch als unerlaubte Handlungen zu behandeln sein. Es fragt sich nun, nach welchen §§ aus dem Gebiete der unerlaubten Handlungen des B. G. B. eine Haftung herzuleiten wäre.

Es kommen hier die §§ 823 und 826 B. G. B. in Frage. Der § 823 schützt im Absatz 1 die verletzten Rechte. Dabei ist aber nicht das Vermögen aufgezählt. Hierin wird der Käufer aber ausschließlich durch Arglisthandlungen des Verkäufers geschädigt werden. Das Vermögen fällt aber auch nicht unter den Begriff eines „sonstigen" Rechtes Denn es bildet eine Gesamtheit von Rechten und Verbindlichkeiten, und nur an den einzelnen Vermögensstücken, nicht aber an der Gesamtheit sind subjektive Rechte möglich. Darum scheidet für die Behandlung der Arglist beim Kauf § 823 Absatz 1 aus[2]).

---

[1]) Weyl S. 219.
[2]) Bachem S. 13.

Anders bei § 823 Absatz 2. Hierin wird die Verletzung eines Schutzgesetzes eines anderen verlangt. Gegen Arglisthandlungen besteht ein Schutzgesetz im § 263 Str. G. B.[1]) der den Betrug eines anderen voraussetzt. Eine solche Verletzung liegt häufig bei arglistigem Verhalten vor. Doch muß man sich sehr hüten, den strafrechtlichen und den zivilrechtlichen Betrug gleichzustellen. Man kann von vornherein feststellen, daß der Begriff des zivilrechtlichen Betrugs weiter ist, als der des strafrechtlichen, oder mit anderen Worten, ein Verstoß gegen § 263 Str. G. B. wird immer auch ein zivilrechtlicher Betrug sein, aber nicht umgekehrt. Wollen wir also die Haftung aus § 823 Abs. 2 B. G. B. geben, so müssen wir fordern, daß auch ein strafrechtlicher Betrug nach § 263 Str. G. B. vorliege. Der Unterschied zwischen dem zivilrechtlichen und dem strafrechtlichen Betruge ist dahin zu kennzeichnen, daß, während der strafrechtliche Begriff „Betrug" die Momente der Vermögensschädigung des Betrogenen und des Vermögensvorteils des Betrügers verlangt, diese für den zivilrechtlichen Betrugstatbestand nach § 123 B. G. B. nicht erforderlich sind. Die Vermögensschädigung wird allerdings, um eine Haftung aus den §§ 823, 826 B. G. B. herzuleiten, auch stets notwendig sein. Doch dürfte ein Nachweis derselben dem Käufer verhältnismässig leicht fallen; dieser ist allerdings nicht bereits dann erbracht, wenn der Getäuschte eine, sein Vermögen angehende Verfügung lediglich infolge der Täuschung getroffen hat, die er sonst nicht getroffen haben würde; es ist vielmehr erforderlich, daß durch die Täuschung tatsächlich das Vermögen beeinträchtigt worden ist[2]). Dadurch ist auch der große Unterschied in den Voraussetzungen der Anfechtung nach § 123 B. G. B. und der Haftung aus den §§ 823, 826 B. G. B. gekennzeichnet: Bei ersterer muß die Arglisthandlung kausal zur Willenserklärung, bei letzterer zur Vermögensbeschädigung des anderen Teils sein.

Leichter dürfte eine Haftung für Arglisthandlungen des Verkäufers aus § 826 B. G. B. herbeizuführen sein. Hierfür wird verlangt, daß der eine Teil dem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Daß die Arglisthandlungen, wie sie beim Kauf vorliegen können, immer etwas Sittenwidriges enthalten, ist eingangs des Abschnittes über unerlaubte Handlungen bereits festgestellt, und findet in R. G. Z. 63, 269 seine ausdrückliche Bestätigung. Es ist für § 826 B. G. B. nur ein objektiver Verstoß gegen die guten Sitten erforderlich, wobei sich der

[1]) R. G. Z. 67, 146; 71, 148; 85, 293; Warn. 1927, Nr. 30 u. a.
[2]) Gruch. 55, 347.

Täter der Sittenwidrigkeit seiner Handlungsweise gar nicht bewußt zu werden braucht[1]). Allerdings muß ein direkter oder eventueller, auf Schadenszufügung gerichteter Vorsatz vorhanden sein, den man aber bei fast allen Arglisthandlungen nachweisen kann. Im übrigen muß auch hier wie oben bei § 823 Abs. 2 B. G. B. in Verbindung mit § 263 Str. G. B. eine Vermögensschädigung nachgewiesen werden.

Die Höhe des Ersatzes dieses Schadens wird sich nach § 249 B. G. B. bemessen, d. h. der Geschädigte muß so gestellt werden, wie wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Damit ist nun nicht gesagt, daß der Käufer so gestellt zu werden verlangen könnte, wie er sich den Vertrag bei Abschluß desselben gedacht hat, so z. B. als wenn die Angaben des Verkäufers wahr wären; einen solchen Anspruch gewährt nur § 463 B. G. B. aus dem Vertrage. Das kann für die Vorschriften der §§ 823, 826 bezw. 249 B. G. B. nicht zutreffen. Denn diesen Vorteil würde der Käufer ja auch nicht haben, wenn der Verkäufer ihn nicht getäuscht, sondern die Wahrheit gesagt hätte. So gestellt zu werden, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, bedeutet, das zu erhalten, was der Käufer ohne Abschluß des Vertrages haben würde. Denn ohne die Täuschung wäre dieser Vertrag eben überhaupt nicht zustande gekommen, da für ihn ja dann die notwendige geschäftliche Grundlage gefehlt hätte. Nur ganz ausnahmsweise könnte vom Käufer nachgewiesen werden, daß ohne die Arglisthandlungen des Verkäufers der Vertrag auch, und zwar unter für den Käufer günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre. Denn gerade das widerspricht der Betrugsabsicht. Darum ist also hier nur das negative Interesse zu gewähren[2]).

Die Verfolgung dieses Schadensersatzanspruches kann insbesondere dann von Wichtigkeit werden, wenn der Getäuschte von dem Vertrage los will, ihm eine Anfechtungsmöglichkeit aber nicht mehr gegeben ist, da die Frist des § 124 B. G. B. bereits abgelaufen ist. Denn wenn hier der Geschädigte das negative Interesse verlangt, d. h. so gestellt zu werden, wie wenn die Arglist nicht begangen, bezw. der Vertragsschluß nicht zustande gekommen wäre, dann muß der Vertrag eben aufgehoben werden; denn nur dadurch kann die Herstellung des früheren Zustandes erreicht werden. Eingewendet wird hier, daß § 124 B. G. B. eine Spezialvorschrift sei, und darum der Vertrag bestehen bleiben müsse[3]).

---

[1]) Recht 12 Nr. 1170.

[2]) Löwenwarter I. § 123 S. 132 ff; Enn. I. 1 S. 442 Fußn. 3; R. G. Z. 59, 156 u. a.

[3]) R. G. Z. 63, 269.

Das ist aber kein durchschlagender Grund. Denn daß bei der Anfechtung eine kurze Verjährungsfrist festgelegt ist, erklärt sich aus ihrer doch sehr starken dinglichen Wirkung; der Anspruch aus dem § 823 Abs. 2, 826 B. G. B. ist aber doch rein obligatorischer Natur. Der Unterschied der beiden zeigt sich insbesondere darin, daß bei einer Eigentumsübertragung die Anfechtung auch gegen einen Dritten wirken kann, was hinsichtlich des Ersatz- bezw. Aufhebungsanspruches aus §§ 823, 826 B. G. B. nie möglich ist. Darum ist es erklärlich, wenn man diesem weniger durchgreifenden Anspruch die längere Verjährungsfrist aus § 852 B. G. B. und noch darüber hinaus den Einwand des § 853 B. G. B. zubilligt[1]). Nachdem das Reichsgericht bei Drohung diesen Aufhebungsanspruch schon früher gegeben hatte[2]), gewährt es ihn neuestens (Jur. Woch. 1928, 2972) auch bei arglistiger Täuschung in vollem Umfange.

Schon aus der Konstruktion dieses eben genannten Ersatzanspruches geht klar hervor, daß für sein Bestehen die erfolgte oder nicht erfolgte Anfechtung völlig gleichgültig ist. Denn beide Rechtsbehelfe bestehen vollkommen selbständig nebeneinander. Allerdings kann eine vorherige Anfechtung für den Ersatzanspruch insofern von Wichtigkeit sein, als durch sie der Vertrag rückgängig gemacht wird, und ein weiterer Schaden nicht entstanden ist. In diesem Falle entfiele natürlich ein Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Insoweit ist auch Staudingers Kommentar[3]) recht zu geben. Nicht aber darf man daraus verallgemeinern, daß bei einem angefochtenen Vertrage niemals noch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 823, 826 B. G. B. geltend gemacht werden dürfe; denn dieser Ersatzanspruch setzt ja keinesfalls einen gültigen Vertrag voraus. Es steht also dem Getäuschten frei, ob er den Vertrag anfechten, oder unangefochten lassen will, in beiden Fällen steht ihm die Deliktsklage zur Verfügung[4]).

Weiterhin erhebt sich für die Arglisthandlungen beim Kauf die Frage, wie sich die Ansprüche aus der Mängelgewähr zu denen aus §§ 823 ff. B. G. B. verhalten. Während die Gewährleistungsvorschriften, hier natürlich insbesondere § 463 B. G. B., die Ansprüche aus dem Kaufvertrage begründen, haben die Deliktsansprüche ihre Grundlage lediglich in der unerlaubten Handlung als solcher. Es bestehen also zwei völlig verschiedene Haftungsgründe, die miteinander nichts

[1]) Planck, § 123 IX. 1a.
[2]) R. G. Z. 79, 197.
[3]) Vorb. zu § 459 S. 650.
[4]) R. G. Z. 59, 156; Mot. z. Ent. I. d. B. G. B. 2, 756.

zu tun haben. Deswegen müssen auch die beiden Ansprüche unabhängig von einander gegeben sein, müssen also nebeneinander bestehen. Allerdings wird der eine Ersatzanspruch stets den anderen ausschließen, weil ja dann der einmal geleistete Ersatz den Schaden deckt. Sollte allerdings der Käufer aus § 463 B. G. B. Wandlung verlangen und durchführen, so wird dadurch dasselbe erreicht wie bei der Anfechtung, nämlich der Vertrag rückgängig gemacht. Hat nun der Käufer darüber hinaus durch die Arglisthandlungen des Verkäufers einen Schaden erlitten, so ist kein Grund vorhanden, ebenso wie bei der durchgeführten Anfechtung einen Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu versagen[1]).

Nun läßt sich zusammenfassend sagen: Wenn der Käufer durch Arglisthandlungen des Verkäufers beim Kaufe einer bestimmten Sache geschädigt worden ist, und die Arglist sich auf einen Mangel der Kaufsache bezog, so ergeben sich für den Käufer folgende Ansprüche:

1. Der Käufer kann auf dem Wege von § 463 B. G. B. Wandlung, Minderung oder Ersatz des positiven Interesses verlangen.

2. Er kann den Vertrag aus § 123 B. G. B. anfechten und den noch weitergehenden Schaden aus unerlaubter Handlung geltend machen, stets aber nur in Höhe des negativen Interesses.

3. Letzteres gilt auch, falls er wandelt.

4. Er kann natürlich auch beim Vertrage stehen bleiben, und ohne Anfechtung oder Wandlung aus unerlaubter Handlung das negative Interesse verlangen.

Bei den Besonderheiten des Gattungs- und des Viehkaufs verschieben sich diese Möglichkeiten ein wenig.

Denn alle die bisher behandelten §§ kommen für den Gattungskauf teils gar nicht, teils nur auf dem Umwege über § 480 B. G. B. zur Anwendung. Hier ist auch im Absatz 2 der Fall geregelt, daß der Verkäufer sich ein arglistiges Verschweigen von Fehlern hat zu schulden kommen lassen. In diesem Falle hat der Käufer gegen den Verkäufer ebenso wie beim Spezieskauf auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wobei ihm beim Gattungskauf wahlweise neben Wandlung und Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache zusteht. Ob dieser Nachlieferungsanspruch ein Erfüllungs- oder Gewährleistungsanspruch ist, erscheint zweifelhaft, wenn man die Entscheidungen des

[1]) So auch Planck § 463, 3; Fürth S. 69.

Reichsgerichts betrachtet. Für einen Erfüllungsanspruch — R. G. Z. 53, 204 — für einen Gewährleistungsanspruch spricht R. G. Z. 93, 100. Welcher von beiden Auffassungen man sich anschließt, hängt davon ab, ob man annimmt, daß beim Gattungskauf ebenfalls mit mangelhafter Ware erfüllt werden kann oder nicht. Abzulehnen scheint mir zunächst die Meinung[1]) zu sein, die diese Entscheidung in das Belieben des Käufers stellt: Je nachdem er die mangelhafte Ware als Erfüllung annimmt und Gewährleistungsansprüche geltend macht, oder ihre Zurücknahme verlangt. Andere[2]) behaupten, daß beim Gattungskauf die Mängelfreiheit zum Leistungsinhalt gehöre. Es ist aber nicht einzusehen, warum beim Gattungskauf die Erfüllungspflicht sich auf Mängelfreiheit mitbeziehen soll, während man hinsichtlich des Spezieskaufes anderer Meinung ist. Denn auch im Falle des Gattungskaufes ist es denkbar, daß eine ganze Gattung z. B. der Jahrgang einer Weinsorte, einen Mangel hat. Alsdann wäre, wenn es sich um einen nicht zu beseitigenden Mangel handelt, die Erfüllung eines darüber abgeschlossenen Kaufvertrages unmöglich? Das ist doch nicht anzunehmen. So vertritt auch Staub[3]) die Ansicht, daß Leistung einer mangelhaften Sache stets sich als Leistung darstellt, eine Meinung, der ich mich anschließe. Hat nun der Verkäufer eine mangelhafte Sache geleistet, so stehen dem Käufer die Ansprüche aus der Mängelgewährleistung des § 480 B. G. B. zu. Diese Frage ist insofern von Bedeutung, als oben festgestellt ist, daß der Analogieschluß des Reichsgerichts zu § 463 B. G. B. mit der Annahme der Erfüllung des Vertrages auch mit mangelhafter Ware steht und fällt. Dort wird arglistiges Verschweigen dem arglistigen Vorspiegeln gleichgestellt; der für den Gattungskauf dem § 463 B. G. B. vollkommen entsprechende § ist § 480 Abs. 2 B. G. B. Nehmen wir auch beim Gattungskauf eine Erfüllung des Kaufvertrages mit mangelhafter Ware an, so kann auch hier durch Analogieschluß das arglistige Vorspiegeln, dem arglistigen Verschweigen gleichgestellt werden.

Es ergibt sich aber aus dem Wesen des Gattungskaufes noch eine Besonderheit gegenüber dem Spezieskauf. Bei diesem wird die Arglist durch Verschweigen oder Vorspiegeln in der Regel beim Abschluß des Vertrages verübt worden sein. Anders beim Gattungskauf; hier ist der kritische Moment, in dem eine Arglisthandlung vorhanden sein muß, der Augenblick des Gefahrüberganges, — denn erst in diesem Augen-

[1]) R. G. Z. 54, 81; Staud. § 480. Höniger Lpz. Zeitschr. 11, 578.
[2]) z. B. Planck § 480 Anm. 1.
[3]) § 377 Anm. 94 a. E.

blick wird ja die Gattungssache zu einer bestimmten (§ 243 B. G. B.). Ist das allerdings der Fall, so ist der Schadensersatzanspruch derselbe wie der des § 463 B. G. B.[1]). Dieser infolge Arglist entstandene Ersatzanspruch geht nun auf das volle Erfüllungsinteresse, da nach dem Wortlaute des § 480 Absatz 2 B. G. B. der Käufer den Ersatz des Schadens wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangen kann. Es kommt dabei weder in Betracht, ob eine teilweise Erfüllung für den Käufer kein Interesse mehr hat, noch ob er die mangelhafte Sache behalten und nur Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung verlangen will[2]). Läßt sich der Käufer dagegen nur den Kaufpreis zurück zahlen, den er nutzlos aufgewandt hat, so ist das nur eine teilweise Erfüllung seines Ersatzanspruches[3]).

Besondere Meinungsverschiedenheiten haben sich beim Gattungskauf bezüglich der Zulässigkeit der Anfechtung aus § 123 B. G. B. ergeben[4]). Die Schwierigkeiten liegen auch hier darin, daß erst durch die Lieferung der Sachen diese zu bestimmten werden. Das Reichsgericht hat nun insbesondere zwei wichtige Entscheidungen hierüber erlassen. In R. G. Z. 70, 429 versagt es die Anfechtung. Nach seiner Ansicht stellen hier die Gewährleistungsvorschriften eine lex specialis dar gegenüber der Betrugsanfechtung, und infolgedessen wird diese ausgeschlossen. Diese Ansicht wird damit begründet, daß in den Gewährleistungsvorschriften bestimmte Sonderbestimmungen enthalten sind, z. B. nach § 461 der Gewährleistungsausschluß bei Kenntnis des Mangels durch den Käufer, ferner bezüglich der Verschiedenheit der Verjährungszeiten, die die Mängelgewähr als etwas besonderes aus den übrigen Vorschriften herausheben usw. Nun ist es aber merkwürdig, daß diese Erwägungen bei dem Gattungskauf ausschlaggebend sein sollen, während beim Spezieskauf das Reichsgericht, wie wir oben gesehen haben, doch eine ganz andere Meinung hat, wo es insbesondere heißt, man müsse gegen den arglistig handelnden Verkäufer alle nur irgend möglichen Rechtsbehelfe gewähren. Der arglistige Verkäufer verdient nicht den Schutz, den das Reichsgericht dem Verkäufer aus praktischen Gründen gewährt, dem gegenüber der Käufer wegen Irrtums über einen Sachmangel anfechten will. Die Grundlage für den Ausschluß der Anfechtung dort und hier sind also völlig verschieden.

---

[1]) Planck § 480 Anm. 4.
[2]) Behnisch S. 38.
[3]) R. G. Z. 52, 392; 90, 334.
[4]) Siehe hierzu insbes. auch Schneider, Arch. f. Bürg. R. 39, 1 ff.; Fürth. S. 75. ff.

So wird sich also ein Ausschluß der Anfechtung nach § 123 B. G. B. beim Gattungskauf aus rechtlichen Gründen kaum konstruieren lassen. Hier werden andere Momente in den Vordergrund treten müssen: Denn will man einen Gattungskauf wegen arglistigen Verschweigens anfechten, so muß man untersuchen, für die Abgabe welcher Willenserklärung das arglistige Verschweigen kausal gewesen ist, welche also angefochten werden kann. Ein arglistiges Verschweigen von Mängeln beim Gattungskauf ist bei dessen Abschluß nur in zwei Fällen möglich: Einmal im Falle der Entscheidung des Reichsgerichts R. G. Z. 104, 1, wo der Verkäufer insofern schon beim Abschluß des Gattungskaufvertrages arglistig verschwieg, als er die feste Absicht hatte, den Vertrag mit mangelhafter Ware zu erfüllen. Diese Absicht wird in der Regel nicht, kann aber doch nach Ansicht des Reichsgerichts zu einer Anfechtung aus § 123 B. G. B. ausreichen, die dann auch beim Gattungskauf gestattet werden muß. Der zweite Fall, wo ein arglistiges Verschweigen beim Gattungskauf schon bei dessen Abschluß vorkommen kann, ist der, daß die ganze in Frage stehende Gattung einen ausgesprochenen Mangel hat, der Käufer das nicht wußte, und der Verkäufer ihm dieses in arglistiger Absicht verschwieg. Auch in diesem Falle wäre das arglistige Verschweigen kausal für den Abschluß des Vertrages, und es besteht kein besonderer Grund, in diesem Falle die Anfechtung auch dem Käufer zu gewähren. Das dürfte aber ein sehr seltener Fall sein.

Viel eher wird es vorkommen, daß der Verkäufer aus einer an sich mangelfreien Gattung mangelhafte Sachen liefert. Dann verschweigt er erst bei der Lieferung, bezw. bei der Uebergabe der Sachen ihren Mangel arglistig. Hier wird der Käufer durch das arglistige Verschweigen zur Annahme der Leistung bestimmt und das Erfüllungsgeschäft durch die Arglist beeinflußt, nicht der Kaufvertrag, aus dem der Anspruch auf Erfüllung der durch ihn übernommenen Verpflichtung, nämlich die Lieferung der vertragsmäßigen Sachen erwachsen ist[1]). In diesem Falle kann natürlich auch nur die Willenserklärung des Käufers, die mangelhafte Sache als Erfüllung anzunehmen, von diesem aus § 123 B. G. B. angefochten werden, und auch das nur, wenn die Kausalität zwischen Arglist und Annahme nachgewiesen werden kann. Wird nun tatsächlich angefochten, so ist die Annahmeerklärung nichtig und der Vertrag als noch nicht erfüllt anzusehen. Dadurch kommt der Käufer also nicht von dem

[1]) Planck § 123 VIII, 2.

Vertrage los, er müßte denn nunmehr den Verkäufer in Verzug setzen und dann die Rechte aus § 326 B. G. B. ausüben. Dieser Weg ist natürlich viel schwerfälliger, als der der Wandlung. Ueberdies würde der Käufer auch durch die Anfechtung nur zu dem Ersatze des negativen Interesses aus § 823 ff B. G. B. kommen, während ihm doch durch § 480 Abs. 2 B. G. B. voller Ersatz des positiven Interesses gewährt wird. Darum dürfte eine Anfechtung beim Gattungskauf nicht praktisch werden, und insofern ist dem Reichsgericht bezüglich des Erfolges beizustimmen. Ein anderer Ausschließungsgrund besteht aber nicht.

Auch beim Viehkauf ergeben sich für die Behandlung der Arglist eine Reihe von Abweichungen und Meinungsverschiedenheiten. Alle diese fußen auf der beim Viehkauf unterschiedlichen Behandlung von Hauptmängeln, — d. h. solchen, die durch die kaiserliche Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. März 1899 (R. G. Bl. 1899 S. 219 ff.) dazu erklärt worden sind — und allen übrigen Mängeln. Der Grund für diese Zweiteilung mag die Absicht sein, den Verkäufer beim Viehkauf vor allzugroßer Inanspruchnahme wegen Mängeln durch den Käufer zu schützen. Nach § 482 B. G. B. hat der Verkäufer nur gewisse Fehler, nämlich die Hauptmägel, zu vertreten. Diese verschiedene Behandlung der Haupt- und Nichthauptmängel wirkt sich nun auch bei der Behandlung der Arglist beim Viehkauf aus, da diese ebenfalls von dieser Zweiteilung abhängig wird.

Im ersten Falle, wenn sich die Arglisthandlung auf einen Hauptmangel erstreckt, ergeben sich weiter keine Schwierigkeiten. Es kommen dann die §§ 456 ff. B. G. B. mit der Ausnahme des § 468 B. G. B. (Minderung) nach § 481 B. G. B. soweit zur Anwendung, als sich nicht aus den §§ 482—492 B. G. B. etwas anderes ergibt.

Bei arglistigem Verschweigen eines Hauptmangels hat dann der Käufer nach dem nicht ausgeschlossenen § 463 B. G. B. zunächst das Recht auf Wandlung. Dazu ist zu bemerken, daß dieses Recht auf Wandlung durch § 487 B. G. B. erheblich für den Viehkauf gegenüber dem üblichen Wandlungsrechte erweitert ist. Denn die Wandlung kann auch dann noch verlangt werden, wenn der Käufer nicht mehr imstande ist, das gekaufte Vieh überhaupt, oder in dem Zustande, in dem er es erhalten hat, zurückzugeben. So darf der Käufer noch wandeln, wenn das Tier zufällig untergegangen ist, bezw. sich ohne Schuld des Käufers verschlechtert hat. Aber selbst bei verschuldeter Unmöglichkeit

der Rückgabe darf der Kaufer wandeln, z. B. bei absichtlicher Tötung des Tieres, ebenso wenn er es mit oder ohne Kenntnis des Mangels weiterverkauft hat[1]). In diesen Fällen tritt der Wert bei der Rückgewähr an die Stelle des Tieres. Natürlich bleibt es auch hier dem Käufer unbenommen, falls das arglistige Verschweigen, auf Grund dessen er wandelt, sich gleichzeitig als unerlaubte Handlung darstellt, noch neben der Wandlung Ersatz des darüber hinausgehenden Schadens in Höhe des negativen Interesses nach § 826 B. G B. zu verlangen[2]).

Der beim gewöhnlichen Kauf gewährte Rechtsbehelf der Minderung ist aber beim Viehkauf ausdrücklich durch § 487 Abs. 1 B. G B ausgeschlossen. Allerdings kommen wir auf dem Umwege über den Schadensersatzanspruch doch zu einer Art Minderung Denn wenn der Käufer als Schadensersatz aus § 463 den Ersatz des Minderwertes des Tieres verlangt, im übrigen aber keine Vertragsänderung vornimmt, sondern das Tier behält, so ist doch das tatsächlich eine Minderung. Trotzdem gibt aber das Reichsgericht diesen Anspruch[3]).

Als letztes Recht bleibt dem Käufer noch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. (§§ 481, 463 B. G. B) Voraussetzung für diesen Anspruch ist aber, daß der Käufer das Wandlungsrecht besitzt, da nach § 463 der Ersatzanspruch nur „statt" der Wandlung gegeben wird. Das zu betonen ist insofern wichtig, als arglistiges Verhalten bezüglich Nichthauptmängeln von diesem Anspruch ausgeschlossen ist, wie wir unten bei der Behandlung der Nichthauptmängel sehen werden. Weiterhin wird vorausgesetzt, daß der arglistig verschwiegene Hauptmangel auch schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen ist. Es kommt hier also nicht auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges wie sonst an, sondern entsteht der Mangel erst später, so steht dem Käufer ein solcher Ersatzanspruch nicht mehr zu Die Vermutung nach § 484 B. G. B., daß ein Hauptmangel, der sich innerhalb der Gewährfrist zeigt, schon zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden gewesen ist, hilft dem Käufer nur dann, wenn Kaufabschluß und Gefahrübergang zeitlich zusammenfallen[4]).

Es erhebt sich die Frage, ob man auch beim Viehkauf den Schadensersatzanspruch aus § 463 B G B. nach dem Analogieschluß bei arglistigem Vorspiegeln von Eigenschaften geben kann oder nicht. Wie unten ausgeführt, ist eine ver-

[1]) Stölzle, Viehkauf S. 254 ff.
[2]) Stölzle, Viehkauf S. 286.
[3]) R. G. Z. 60. 234; Laubhardt Gruch. 54, 530.
[4]) Stelmachoswski S. 60.

tragliche Haftung für arglistiges Verschweigen von Nichthauptmängeln abzulehnen. Ich erinnere daran, daß man zum Analogieschluß kommen kann, indem man für den Verkäufer eine Verpflichtung zur Aufklärung über das Nichtvorhandensein der vorgespiegelten Eigenschaften annimmt, eine Aufklärungspflicht, deren Verletzung sich letzten Endes als arglistiges Verschweigen darstellt. Beim Viehkauf wird es sich aber stets bei dem Vorspiegeln um etwas anderes als Hauptmängel handeln, und da nur für diese eine Haftung aus den Gewährleistungsvorschriften abzuleiten ist, kann der Analogieschluß beim Viehkauf keine Anwendung finden[1]). Wird aber das Nichtvorhandensein von Hauptmängeln arglistig vorgespiegelt, während sie tatsächlich vorhanden sind, so muß ja der Verkäufer daraus wegen arglistigen Verschweigens haften.

Ehe wir die außervertraglichen Rechtsbehelfe erörtern, die dem Käufer gegen die Arglist des Verkäufers zustehen, wenden wir uns der Behandlung der Arglist zu, die sich auf Nichthauptmängel bezieht. Nur sehr wenig wird die Ansicht vertreten, daß das arglistige Verschweigen auch eines Nichthauptmangels die Rechte aus den Gewährleistungsvorschriften, also insbesondere aus § 463 B. G. B gebe[2]). Man will das besonders damit rechtfertigen, daß das B. G. B dem Käufer gegenüber dem arglistigen Verkäufer allen nur erdenklichen Schutz angedeihen lasse, und daß das Gesetz diese Beschränkung der Gewährleistung auf Hauptmängel nur für den Regelfall eingeführt habe. Aus diesen Gesichtspunkten entspreche es dem Sinne des Gesetzes, wenn man den Verkäufer beim arglistigen Verschweigen jedes Mangels, also auch eines nicht gesetzlichen Mangels vertraglich aus den Vorschriften über die Gewährleistung haften lasse[3]).

Dem ist aber zu entgegnen, daß man den Sinn des Gesetzes nicht entgegen dessen Wortlaut suchen darf, wie es in der eben zitierten Entscheidung zweifellos geschieht. Denn im § 460 B. G. B. ist ausdrücklich auf § 459 Abs. 1 Bezug genommen; § 459 Abs. 1 kommt aber beim Viehkauf nur mit der Einschränkung der §§ 481—493 B. G. B. zur Anwendung. Es tritt also eine Haftung für arglistiges Verschweigen nur dann ein, wenn ein erheblicher Mangel „der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art", beim Viehkauf also nach § 482 B. G. B. ein Hauptmangel, verschwiegen wird und somit nicht zur Kenntnis des Käufers gelangt[4]). Eine durch die

[1]) Meisner, Viehgewährschaft S. 148.
[2]) Komm. d. R. G. Z. § 482 Anm. 1.
[3]) O. L. G. 23, 30.
[4]) O. L. G. 8, 73.

Gewährleistungsvorschriften verschärfte Haftung über arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels kann auch deswegen nicht in Frage kommen, weil es ja gar keine einfache Haftung für Nichthauptmängel gibt. Man versucht sich — außer durch die Gewährung der Anfechtung — dadurch zu helfen, daß man dem Käufer einen Schadensersatz aus culpa in contrahendo gewährt, falls der Verkäufer durch sein arglistiges Verschweigen beim Kaufabschluß seine Anzeigepflicht verletzt[1]). Aber auch das wird mit Recht von anderer Seite abgelehnt, weil es einen Verstoß gegen den Geist des Gesetzes darstellt, wenn man auf diesem Umwege eine Haftung herbeiführt, die das Gesetz doch augenscheinlich in dem Spezialfalle des Viehkaufs nicht gewähren will. Denn dadurch würde die Absicht, den Verkäufer vor einer Unzahl von Prozessen zu bewahren, zunichte gemacht werden[2]). Es ist also unbedingt notwendig, daß ein Hauptmangel arglistig verschwiegen wird, um die Gewährschaftsansprüche aus arglistigem Verschweigen zu erlangen.

Damit ist aber nun nicht gesagt, daß arglistiges Verschweigen nur in Bezug auf Hauptmängel verübt werden kann, und daß dem durch arglistiges Verschweigen geschädigten Käufer nicht außervertragliche Rechtsbehelfe zustehen. Daß dies beides bei arglistigem Verschweigen von Nichthauptmängeln nicht in Frage kommt, wurde von Stölzle einst sehr scharf[3]), nun aber mit Einschränkungen[4]) vertreten. Er folgert daraus, daß der Verkäufer beim Viehkauf gemäß § 482 B. G. B. nur für Hauptmängel Gewähr zu leisten hat, man ihm eine Offenbarungspflicht für Nichthauptmängel nicht auferlegen könne. Verschweigt er nun einen Nichthauptmangel, so handelt er nicht arglistig im Sinne des Gesetzes. Darum könne arglistiges Verschweigen eben nur bezüglich Hauptmängeln begangen werden, und nur in diesem Falle erhielte der Käufer die Rechte, die das Gesetz bei Arglist des Verkäufers gewährt. Darum will Stölzle eine Anfechtung bei arglistigem Verschweigen auch nur dann gewähren, wenn es sich um einen Hauptmangel handelt. Diese Meinung erscheint abwegig. Denn sie folgert sich wohl aus einem falschen Arglistbegriff. Arglistig ist ein Verschweigen nämlich n i c h t dann, wenn es sich gegen eine Mitteilungspflicht richtet, die sich aus den gesetzlichen Vorschriften ableiten läßt, sondern vielmehr dann, wenn in dem gegebenen Falle Treu und Glauben ein Reden erfordern.

[1]) O. L. G. 16, 408.
[2]) Jur. Woch. 1925, 2282.
[3]) Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 2, 436; Jur. Woch. 01, 746.
[4]) Viehkauf S. 289.

Ich verweise dabei auf den Anfang dieser Abhandlung. Der Verkäufer wird sich nämlich in der Regel sehr wohl bewußt sein, daß sein Schweigen inbezug auf Nichthauptmängel den Käufer in Nachteil setzt; denn dieser würde bei Kenntnis der Sachlage den Vertrag nicht oder sicher nicht unter diesen Bedingungen abschließen. Zum mindesten wird das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein eines Nichthauptmangels einen Einfluß auf die Preisbildung ausüben Der Verkäufer erlangt also zu Ungunsten des Käufers einen Preis, dem der Wert der Sache nicht entspricht. Sollte man diesem da nicht ein Recht auf Anfechtung aus § 123 B. G B. geben? Natürlich ist dabei Stölzle recht zu geben, daß man arglistiges Verschweigen nicht gleich arglistiger Täuschung setzen darf, aber man wird in der Regel fast in jedem arglistigen Verschweigen eine arglistige Täuschung erblicken können. Außerdem muß man es bei dem arglistigen Verschweigen besonders auf die Widerrechtlichkeit abstellen, und es kommt dabei nicht so sehr darauf an, daß im gegebenen Falle das Viehkaufsrecht keine Rechtsfolgen an diese Arglist knüpft. Festzuhalten ist, daß es für den Begriff des arglistigen Verschweigens keinerlei Unterschied macht, ob es sich auf Hauptmängel oder Nichthauptmängel bezieht. Allerdings sind die Rechtsfolgen andere; denn nur bei ersteren ergeben sich die Folgen aus dem Gewährschaftsrecht, d. h. nur hier hat der Käufer die Rechte aus § 463 B G B., Ansprüche die aus dem Kaufvertrage entspringen und die Folge des Gewährsmangels als solchem sind. Im anderen Falle handelt es sich um einen außervertraglichen Anspruch, der mit der kaufrechtlichen Mängelhaftung nichts zu tun hat. Seine Grundlage bildet, soweit es sich um die Anfechtung handelt, das sich als arglistige Täuschung darstellende, arglistige Verschweigen eines Fehlers, wobei es, um die Anfechtung zu geben, nicht darauf ankommt, ob hier ein Haupt- oder Nichthauptmangel in Frage kommt[1]).

Bestritten wird nicht, daß sowohl bei Arglisthandlungen bezüglich eines Hauptmangels als auch bezüglich eines Nichthauptmangels dem Käufer ein Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zusteht; dies insbesondere auch, wenn dabei noch eine positive Vertragsverletzung in Frage kommt.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Dem Käufer stehen folgende Rechte zu bei arglistigem Verschweigen bezw. Verhalten bezüglich

---

[1]) Krückmann Ztschr. f. Rechtspfl. i. B. 3, 29; Then ebenda 2, 225. Meisner ebenda 2, 469 u. „Viehgewährschaftsrecht" S. 24, Hanke S. 168.

1. eines Hauptmangels,
   a) Wandlung nach § 487, daneben Schadensersatz aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 Abs 2, 826 B. G. B ,
   b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 B. G. B.,
   c) Anfechtung aus § 123 B. G. B., daneben Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2, 826 B. G. B., nicht aber wegen Nichterfüllung;
2. eines Nichthauptmangels
   nur Anfechtung aus § 123 B. G. B. und Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2, 826 B. G. B., also das negative Interesse.

Lebenslauf.

Ich, Heinrich Franz Paul Walter, bin geboren am 19. Oktober 1906 zu Neisse O/S. als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Justizrat Heinrich Walter und seiner Ehefrau Elisabeth, geborenen Weinitschke, in Neisse. Ich besuchte von Ostern 1913 bis Ostern 1916 die Volksschule in Neisse und darauf das Gymnasium Carolinum daselbst, wo ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte darauf an den Universitäten München, Greifswald und Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 2. und 3. November 1928 das Referendarexamen. Nach Ernennung zum Referendar wurde ich der Staatsanwaltschaft und danach dem Amtsgericht in Neisse zur Ausbildung überwiesen. Am 12. Juli 1929 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.